

Egalisierung – ein Anliegen der Gerechtigkeit?

von

WALTER LEISNER

„Der Gleichheitssatz ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, der schon aus dem Prinzip der allgemeinen Gerechtigkeit folgt; wäre die Gleichheit nicht in Art. 3 GG geschriebenes Verfassungsrecht geworden, so müßte auf einen überpositiven Rechtsgrundsatz zurückgegriffen werden“¹ mit diesen Worten preist das höchste deutsche Gericht den Gleichheitssatz, und mit Recht, denn für die Demokratie gilt: „Einen Bessern kennt sie nicht“, ruht sie doch auf den gleichen Bürgern. Muß diese Staatsform nicht stets dahin unterwegs sein, daß ein Bürger sei wie der andere, soviel habe wie jener?

Über die feinen Unterscheidungen der Gleichheitsdogmatik, die da etwa die „Gleichheit vor dem Gesetz“, die Rechtsanwendungsgleichheit, von der „materiellen Egalität“ trennen wollen,² in der alle gleich viel gelten und möglichst gleich viel besitzen – darüber haben sich Politik und auch juristische Praxis längst hinweggesetzt. Die Rechtsanwendungsgleichheit ist zur Selbstverständlichkeit geworden, im Grunde geht es aber nurmehr um eines: um mehr materielle Gleichheit; und selbst die vielberufene Chancengleichheit³ ist nicht mehr „formale“ Egalität wie die alte „Gleichheit vor dem Gesetz“ der Liberalen, sie verteilt Startchancen, sie ist ein Beginn materieller Egalität, dessen, was früheres Schrifttum „Gleichmachungsgleichheit“⁴ genannt hat.

1. Seit nunmehr über 100 Jahren ist eine Egalisierung im Lauf, von der man ohne Übertreibung sagen kann, daß sie das Angesicht der Erde in unseren Landen verändert hat: Angleichung der sozialen Schichten in der Erfüllung der Grundbedürfnisse Nahrung, Wohnung, Kleidung – wie auch in den neu entdeckten „Bedürfnissen“ unserer Zeit, von den Medien bis zum Urlaub, vom Straßenverkehr bis zu Geschenken und

¹ BVerfGE 1, S. 208 (233).

² Erläuterungen hierzu bei Dürig, G., in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Kommentar (Stand: Sept. 1980), Art. 3 Abs. 1 Rdnrn. 135–140; Herzog, R., ebenda, Art. 20 Abs. 2, Rdnr. 8; speziell zur materiellen Gleichheit: Ipsen, H. P., Über das Grundgesetz, 1950, S. 15; Thoma, R., Ungleichheit und Gleichheit im Bonner Grundgesetz, in: DVBl. 1951, S. 457ff.

³ Jencks, Chr., Chancengleichheit 1973; v. Krockow, Chr., Bildungssystem, Chancengleichheit und Demokratie, in: Schweizer Monatshefte 1963, S. 1061; Leisner, W., Der Gleichheitsstaat – Macht durch Nivellierung 1980, S. 143 ff.; ders., Chancengleichheit als Form der Nivellierung, in: FS für Klecatsky, 1980, S. 535 ff.; List, G., Zum Begriff der Chancengleichheit, in: Liberal 1975, S. 189; Malanczuk, P., Chancengleichheit im Bildungssystem, in: Frankfurter Hefte 1977, S. 13; Scholler, H., Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit, 1969.

⁴ Überblick über die Kontroversen bei Anschütz, G., Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Aufl. 1933, Anm. I–V zu Art. 109; Leibholz, G., Die Gleichheit vor dem Gesetz, 1959, insbes. S. 31 ff.

Feiern. Es entsteht wirklich etwas wie der „Durchschnittsbürger“, und immer häufiger gehört bereits soziologisches Gespür dazu, ihn noch der oder jener „Schicht“ zuzuordnen. Im Geistigen setzt sich dies fort. Bildungsunterschiede werden eingeebnet, das Sozialprestige von Titeln, Ämtern,⁵ Ehren verliert sich. Die Zeit errichtet keine Denkmale, schon weil sie nurmehr einen Sockel kennt: den, auf welchem alle stehen können, der durch Sockelbeträge⁶ in Lohnrunden von unten gehoben wird.

Nicht, als ob nun alle Unterschiede bereits weggefallen wären, noch gibt es sie, und sie werden gerade deshalb so stark gefühlt, weil sie kleiner und kleiner werden, denn die Egalitätssensibilität wächst mit den abnehmenden sozialen Abständen; die ganz großen Revolutionen in Frankreich und Rußland haben es bewiesen. Doch dies gerade täuscht über das Ausmaß der bereits erreichten Egalisierung hinweg: Sie macht die noch verbleibenden gesellschaftlichen Unterschiede besonders fühlbar – aber sie schwächt sie eben doch ständig weiter ab; dies aber wird gar nicht mehr bemerkt, weil die noch sichtbaren Unterschiede vom Gleichheitsbürger überschätzt werden. Wie weit die Egalisierung schon fortgeschritten ist – jeder von uns weiß dazu etwas, und es ist nicht Aufgabe dieses Referats, dies im einzelnen zu belegen. Eindrucksvoll und ein Indikator der allgemeinen Entwicklung ist das sogenannte Spannungsverhältnis der Bezüge im öffentlichen Dienst, das prozentuale Verhältnis der Netto Bezüge der höchsten und der untersten Ämter der Besoldungsordnung.⁷ Seit zwei Generationen ist es um weit über 50% zurückgegangen, durch Wegfall von Eingangsämtern, Sockelbeträge, Progressionswirkungen verringert es sich jährlich, oft in einer Größenordnung von 1% im Jahr und mehr. Bei gleichbleibender Entwicklung werden schon zu Ende dieses Jahrtausends zwischen der Masse der Beamten des mittleren, des gehobenen und des höheren Dienstes nurmehr Unterschiede bestehen, die wirtschaftlich kaum mehr ins Gewicht fallen, rechnet man noch die Transferleistungen⁸ ein: Hier wird nicht mehr egalisiert, hier muß bereits von Nivellierung gesprochen werden.

Für die anderen Bereiche, für die große Zahl der Bürger, gilt nichts anderes: Der Krankenpfleger erreicht den Klinikarzt, er selbst wird vom Reinigungspersonal eingeholt, im klassenlosen Krankenhaus soll er tätig sein, so wie er in klassenlosen Stadtbah-

⁵ Ackermann, S., Amtsbezeichnungen und andere Individualisierungsmittel in unserer Demokratie, in: ZBR 1970, S. 147 ff.; Karl, F., Zur gesetzlichen Regelung der Berufsbezeichnungen, in: DÖV 1977, S. 880, 888; Schütz, G., Amtsbezeichnungen sind notwendig und zweckmäßig! in: DÖV 1970, S. 41 ff.

⁶ Käppner, W., Das Fünfte Bundesbesoldungserhöhungsgesetz, in: ZBR 1976, S. 201 ff.; Merten, D., Zur Problematik der Gewährung einheitlicher Festbeträge bei Besoldungsanpassungen, in: FS für Ule 1977, S. 345, 371 f.; Sträter, C. L., Die Beamtenrechtsgesetzgebung des 5. und 6. Deutschen Bundestages von 1965 bis 1972, in: ZBR 1973, S. 43 (49); zum Sockelbetrag bei Auslandszulagen vgl. Vogelgesang, K., in: ZBR 1973, S. 321 (322).

⁷ Käppner, W., Das Sechste Bundesbesoldungserhöhungsgesetz, in: ZBR 1977, S. 355 (357); Millack, Chr., Das neue Besoldungsrecht, in: ZBR 1975, S. 177 (182); Schnupp, G., Nichtberücksichtigung von Beförderungen bei Festsetzung der Versorgungsbezüge (§ 5 Abs. 3 und 4 BeamVG), in: DöD 1979, S. 165 ff.; Sträter, C. L., Die Beamtenrechtsgesetzgebung des 7. Deutschen Bundestages von 1973–1976, in: ZBR 1977, S. 1 ff.; Streit, Chr./Häcker, R., Ein Vierteljahrhundert Bundesbeamtengesetz – Kernstücke des Beamtenrechts, in: ZBR 1978, S. 285.

⁸ Plachetka, U., Staatliche Transferleistungen von 1950–1978, in: NWB 1980, S. 63–66 = Fach 15, S. 363–366; Zeppernick, R., Handelsblatt 1978, Nr. 115.

nen zur Arbeit fährt, während sein Großvater noch vier Klassen der Bahn gekannt hatte.

Die Krelleschen Zahlen betreffen allenfalls eine verschwindend kleine, soziologisch unbedeutende Oberschicht – darunter ist Egalisierung, und zwar so stark, daß die Besitzer der in allen Ländern rasch schwindenden Riesenvermögen ihren Reichtum oft nurmehr in fernen Paradiesen versteckt genießen können.

Es hat wenig Sinn, darüber zu rechten, wie weit im einzelnen wir diesen Weg gegangen sind – daß wir ihn dauernd gehen, läßt sich nicht leugnen.

2. Der liberale Staat des GG hält an der Unterscheidung von „Staat und Gesellschaft“⁹ fest, mögen beide auch vielfach, oft untrennbar, verklammert sein. Gerade jene Kritiker, welche sonst eifrig die Einheit von Staat und Gesellschaft betonen,¹⁰ können nun hier aber, zugunsten der Egalisierung, aus den Begriffen des liberalen Staatsverständnisses heraus argumentieren: Ist denn nicht diese Einebnung lediglich ein „gesellschaftlicher Vorgang“, den der Staat allenfalls ratifiziert? Hat der Staat die Protestkraft der Kinder gegen die Lehrer geschaffen, die Abwertung der Titel, ist er es denn, der Beschäftigte in großen Betrieben „immer gleicher entlohnt“? Wirken hier nicht – im weitesten Sinne des Wortes – nur jene Marktgesetze, denen sich doch beugen muß, wer nicht alle Freiheit verlieren will?

Sicher – vieles, oft Entscheidendes kommt aus staatsfernen Wertungen und „rein gesellschaftlichen“, staatlicherseits kaum steuerbaren Verhaltensweisen. Doch dies ist eben nicht alles – bei weitem nicht. Recht haben gerade hier diejenigen, welche das ständige Ineinanderspiel von Staat und Gesellschaft betonen, besonders in der parlamentarischen Demokratie: Egalisierungstöße kommen aus der Gesellschaft heraus, erreichen über die Medien und Parteien Parlamente und Verwaltungen, die Zentren staatlicher Macht. Dort wird die Einebnung in Gesetz und Verwaltungspraxis nicht nur verfestigt, sondern erheblich noch verschärft.

Denn daran führt heute kein Weg vorbei: Das Entscheidende für die Egalisierung hat in den letzten sechzig Jahren nicht die Gesellschaft, es hat die Staatsgewalt getan. Auf zwei breiten Straßen vor allem dringt sie vor:

- Im Abgabenrecht im weitesten Sinn – von Progression, Zulagen und Freibeträgen bis hin zur umverteilenden Sozialversicherung.¹¹ Und durch Steuerbefreiungen wird noch alles privilegiert, was in der Gesellschaft auf Gleichheit hinwirkt, als Mildtätigkeit und Wohlfahrtstätigkeit ist es gemeinnützig.¹²
- Durch Transferleistungen, deren vollen Umfang keine Enquête wird ermitteln können – von BAföG und Wohngeld bis zu Schulgeldfreiheit, Seniorentarifen und So-

⁹ Böckenförde, E. W., Staat und Gesellschaft, 1976; ders., Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit, 1973; siehe auch Eschenburg, Th., Staat und Gesellschaft in Deutschland, 1965; Herzog, R., Allgemeine Staatslehre, 1971, S. 38 ff.; Leibholz, G., Staat und Gesellschaft, in: Prof. Dr. Yavuz Abadan'a armagan 1969, S. 153 ff.

¹⁰ Ehmke, H., Wirtschaft und Verfassung, 1961, S. 5 f., 23, 36, 39; ders., „Staat“ und „Gesellschaft“ als verfassungstheoretisches Problem, in: Festgabe für Smend 1962, S. 23 ff.

¹¹ Isensee, J., Umverteilung durch Sozialversicherungsbeiträge, 1973.

¹² Vgl. etwa § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG; § 3 Abs. 1 Nr. 12 VStG; § 3 Nr. 6 GewStG; § 3 Abs. 1 Nr. 3 GrStG; § 4 Nr. 18 UStG; § 7 Abs. 1 Nr. 1 KVStG.

zialhilfe. Das Netz der sozialen Sicherheit ist vor allem eines: ein Netz der Egalisierung, in dem die Bürger „gleichgeschnürt“ werden.

Dies ist eine Entwicklung, die man die schleichende, permanente Gleichheitsrevolution nennen könnte, und mit der unser Jahrhundert in die Geschichte eingehen wird. Erstaunlich aber ist: wie selten und wenig all dies erörtert, kritisiert oder auch gepriesen wird, in der Soziologie, aber auch in der Rechtspolitik. Denn wenn es ein rechtspolitisches Thema gibt, so dieses – die steigende Egalität.

Wo liegen die Gründe dafür, daß es kaum je darum geht, ob nicht zuviel an Gleichheit entstanden sei, sehr häufig aber darum, daß mehr noch kommen müsse – für die Jugend, die Randgruppen usw. usf.? Warum kommt gerade den Gleichen so sehr – der Appetit beim Essen? Die Gründe mögen Legion sein, sie reichen von der mathematischen Eingängigkeit des Prinzips bis zur Selbstbewußtseinspsychologie der Emanzipierten. Ein Grund aber soll uns heute besonders beschäftigen – und damit sind wir mitten im Thema: Ist Egalisierung nicht ein „Anliegen der Gerechtigkeit“?

Denn nur so erklärt sich letztlich die erstaunliche Selbstverständlichkeit, mit der seit langem die einen nehmen und – mehr noch – die anderen geben; sollte dies ein Indiz dafür sein, daß verbreitet die Vorstellung ist, „mehr Gleichheit bedeute mehr Gerechtigkeit“, weil eben Egalität Ausdruck der Gerechtigkeit sei? Wenn allerdings „gerecht ist, was gleich macht“, so bedarf die Einebnung als solche keiner Rechtfertigung mehr, während jede Unterscheidung unter ständigem Legitimationszwang steht, als Diskriminierung – sogleich diskriminiert wird. Und so weit ist es bereits gekommen: Grundregel ist die Gleichheit, für sie besteht eine Vermutung, wer sie entkräften will, der mag dafür Nachweise erbringen, Leistungen vorweisen, über *sie* wird dann zu diskutieren sein, nie über die Gleichheit, und der „Nachweis berechtigter Ungleichheit“ wird immer schwerer – bis zur probatio diabolica.

Hier entwickelt sich, nur wenig bemerkt, die größte geistige Tabuisierung der gegenwärtigen Rechtspolitik, hier beginnt politisch Indiskutables in Moral umzuschlagen. Am deutlichsten wird es im Wort von der „sozialen Gerechtigkeit“¹³ – hat man je darunter etwas anderes verstanden als Egalisierung? Und so bedenklich juristische Gesichter werden, wenn allein das Wort von der „Gerechtigkeit“ fällt, so leicht entspannen sie sich, wenn „soziale Gerechtigkeit“ genannt wird – mit Recht: Dies ist kein Schlagwort, was das bedeutet, versteht das Recht, kann es erfassen, in Normen und Institutionen gießen: mehr Gleichheit.

So ist denn die Gleichheit dabei, die Gerechtigkeit zu besetzen – fragen wir nur umgekehrt, was es denn sonst noch an Gerechtigkeit gibt außer der Gleichheit! Dem allem wird hier die *These* entgegengesetzt: Egalisierung ist als solche nicht bereits Ausdruck der „Gerechtigkeit“. Sie ist zunächst nur eine Herrschaftsmaxime gewisser politischer Richtungen, insbesondere des historischen Sozialismus, dessen Ergebnisse –

¹³ Hayek, F. A., *The Mirage of Social Justice*, 1976; Schwankhart, F., *Soziale Gerechtigkeit im sozialen Rechtsstaat*, in: Zentralblatt für Sozialversicherung, Sozialhilfe und Versorgung, 1977, S. 80 ff.; Sperling, D., *Soziale Gerechtigkeit – Umverteilung durch staatliche Leistungen*, in: *Die Neue Gesellschaft* 1977, S. 308 ff.; Volanathan, A., *Idee und Entwicklung der sozialen Gerechtigkeit*, 1973; Zippelius, R., *Allgemeine Staatslehre – Politik – Wissenschaft*, 8. Aufl. 1982, insbes. §§ 34, 35.

oder „Errungenschaften“ – hier tabuisiert werden sollen. Diese These hat sicher keine Chance rascher Tendenzwende; eine Hoffnung aber bleibt immer, und auch ihr: die der Besinnung.

3. Lassen wir in unseren Überlegungen zu dieser These zunächst beiseite das Wort von der „sozialen Gerechtigkeit“, es begründet es solches nichts, es verunklart: Soll es „gesellschaftliche Gerechtigkeit“ bedeuten, so fügt es dem Begriff der iustitia nichts Wesentliches hinzu, ja es ist nichts als eine Leerformel, denn wer wollte es denn nicht, dieses „gesellschaftliche Gerechte“, und wer wüßte schon, was es sein soll? „Soziale Gerechtigkeit“ hätte rechtspolitisch gar keine Chance, schillerte der Begriff nicht in einer anderen Farbe, und dies von jeher: Gerechtigkeit im Sinne des Sozialismus; dies aber ist wieder – nichts anderes als „Gerechtigkeit als Gleichheit“. Soziale Gerechtigkeit – das Wort behauptet nur, quod erat demonstrandum: daß Egalisierung ein Anliegen der Gerechtigkeit sei.

Und ein anderes noch kann nicht Ausgangspunkt unserer Überlegungen sein: Die historische Wurzel, aus der die Gleichung Egalisierung – Gerechtigkeit ganz ersichtlich gekommen ist: die Unterschiede des 18. und 19. Jahrhunderts zwischen den Schichten, das Aufbegehren der Arbeiterschaft, das schlechte Eigentumsgewissen der Besitzenden, das bis auf den heutigen Tag andauert und die Kritiker der Gleichheit seit Generationen in die Defensive gedrängt hat. Man mag zwar behaupten, in dieser Art von Konsens zwischen starkem Arm und resignierendem Besitz sei ein Indiz für wahren Gerechtigkeitsgehalt; doch ohne die Bedeutung des Konsenses unterschätzen zu wollen – zuerst gilt es doch einmal kritisch zu fragen, woher diese Zustimmung kommt, ob sie bei vielen nicht nur Ausdruck der Resignation ist, daß einer politischen Herrschaftsform, der der Gleichheitsdemokratie, nichts mehr entgegenzusetzen ist. Die Geschichte mag die Gleichung „Egalität – Gerechtigkeit“ erklären, sie allein begründet sie nicht.

4. Keine der heutigen Grundvorstellungen über das „Gerechte“ vermag Egalisierung als solche zu erweisen als einen Ausdruck der „Gerechtigkeit“ – dies sei hier nur in Beleuchtung einzelner Punkte aus dem weiten Spektrum der Gerechtigkeitsvorstellungen beispielhaft erläutert:

a) *Gerechtigkeit als suum cuique*.¹⁴ Oft und manchmal allzu schnell ist dies als eine Leerformel abgetan worden; gerade wenn nach der Gleichheit als Gerechtigkeit gefragt wird, trifft dies nicht zu, die Formel zeigt deutlich einen gewissen Gehalt, oder wenigstens eine bestimmte Orientierung: suum cuique, in den beiden Worten liegt doch, wie immer man sie sonst verstehen mag, ein Zweifaches:

- Zum einen ist der „quisque“ nicht der Jedermann, der Gleichheitsmensch, es ist „jeder Einzelne“, in der Unauswechselbarkeit seiner Individualität wird er angesprochen, nicht in der Schematisierung der Egalität.
- Andererseits das „suum“: In ihm liegt das „Eigene“, das anderen nicht gehört, auch nicht den „Gleichen gemeinsam“ oder ihrer Gesellschaft. Hier werden Eigentumstö-

¹⁴ Coing, H., Grundzüge der Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1976, S. 209ff.; Henkel, H., Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1977, S. 395ff.; Zippelius, R., Geschichte der Staatsideen, 4. Aufl. 1980, 2c, 3d, 7a, 15d, 17a; ders., Rechtsphilosophie, 1982, § 13 II.

ne laut, Hinweise auf einen Besitz, der noch immer weit mehr Ausdruck der Ungleichheit war als der Egalität.

Wenn schließlich übersetzt werden soll, so kann *sum cuique* doch nicht heißen: Gerecht ist, jedem das Gleiche zu geben. Gerecht ist vielmehr, jedem Einzelnen das Seine zuzuteilen oder zu belassen. So aber hat das Wort eine deutlich antiegalitäre, individualistische Spitze. Selbst wenn diese jedoch nicht so fühlbar wäre – mit Egalisierung hat diese Gerechtigkeitsvorstellung, vom römischen Recht bis zum freiheitlichen Liberalismus unserer Tage, gar nichts zu tun.

b) *Gerechtigkeit als Konsequenz*: Hier hat die Weisheit des Zivilrechts unser Gerechtigkeitsdenken geprägt, ihr Zentrum liegt im Verbot des *venire contra factum proprium*;¹⁵ von dort reicht das Konsequenzdenken weit hinaus, bis in die rechtsstaatliche Forderung nach gesetzgeberischer Folgerichtigkeit,¹⁶ die wie kaum ein anderes Prinzip aus Art. 20 GG als „gerecht“ erscheinen mag. In seinem Formalismus ist es für eine plurale Welt akzeptabel, und es ist doch nicht aussageleer; die Gerechtigkeitsbedeutung des Konsequenzdenkens wird sicher noch steigen.

Doch für „Egalisierung als Gerechtigkeit“ folgt daraus nichts. Einebnung setzt insbesondere voraus, daß bisherige Lagen verändert werden, dies ist an sich noch nicht Ausdruck von Folgerichtigkeit. Konsequent mag manches an der seit Jahrzehnten ablaufenden Egalisierungsbewegung sein – doch es gibt auch Gegenbeispiele, gerade im Abgabenrecht. Und konsequent, damit aber „gerecht“, müßte dann auch das Verhalten derer genannt werden, die sich ständig und überzeugt der Einebnung widersetzen.

Konsequenzdenken als Gerechtigkeit und Egalisierung liegen also auf zwei verschiedenen Ebenen.

c) *Das Konsensgetragene als Gerechtigkeit*: Wird die Einebnung nicht heute schon so allgemein gebilligt, ist sie als solche nicht derart konsensgetragen, daß sie „dem Grunde nach“ als Ausdruck der Gerechtigkeit erscheint?¹⁷

Auch dies kann nicht behauptet werden. Es steht schon entgegen, daß ein so allgemeiner Konsens nicht beweisbar ist, weder historisch – davon war bereits die Rede – noch aktuell: Soweit ersichtlich, gibt es keinerlei gesicherte Erkenntnisse darüber, ob etwa die Steuerprogression oder die Umverteilungen über die Sozialversicherung auch nur dem Grunde nach allgemeine Zustimmung finden – und „allgemein“ müßte ja bedeuten, daß auch die Betroffenen mehrheitlich ihre Berechtigung bejahen. Doch wenn auch solches noch feststellbar wäre – entscheidend geht es doch um die Höhe, um die Schärfe der Progression, den Umfang der umverteilenden Transferleistungen. Hier aber spricht nun alles dafür, daß in unserer immer mehr in Gruppen und deren Egoismen zerfallenden „Gesellschaft“ auch nicht der geringste Konsens mehr über eine wie

¹⁵ Griesbeck, M., *Venire contra factum proprium*, 1978 (Diss. Würzburg); Riezler, E., *Venire contra factum proprium*, 1912, S. 1 ff.; Wieling, H. J., *Venire contra factum proprium* und Verschulden gegen sich selbst, in: AcP 176 (1976), S. 223 ff., mit zahlreichen Nachweisen.

¹⁶ Degenhart, Chr., Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976; vgl. auch BVerfGE 45, 363 (375); 36, 383 (393); 34, 139 (151).

¹⁷ Habermas, J., Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus, 1973, S. 125, 1481; 153; Isensee, J., Verfassungsgarantie ethischer Grundwerte und gesellschaftlicher Konsens, in: NJW 1977, S. 545 ff.; Vorländer, H., Verfassung und Konsens, 1981, insbes. S. 157 ff.; Zippelius, R., Rechtsphilosophie, 1982, § 12 II/4.

immer geartete größere Entwicklungslinie besteht – man beugt sich eben der jeweiligen Mehrheit, muß sich ihr beugen. Für „Egalisierung als Gerechtigkeit“ bedeutet dies aber: Was vielleicht allgemeiner gebilligt wird, das ist meist nicht die Einebnung als solche, sondern allenfalls eine gewisse „Elementarhilfe für Bedürftige“, oder eine Grenzkorrektur zulasten von Riesenbesitz und Riesengewinnen – all dies aber gerade nicht aus Egalitätskonsens heraus, sondern aus einer ganz anderen Einigkeit, die in der Gesellschaft bestehen muß: aus etwas, das man „Integrationskonsens“ nennen könnte – es soll eben alles irgendwie noch in „erträglichen Relationen“ bleiben, damit „Einheit“ in Staat und Gesellschaft möglich sei. Solches hat es immer gegeben, zu modernen Egalitätsufern führt hier keine Brücke.

Und übrigens: Zweifelhafte ist schon, ob aus Konsens überhaupt ohne weiteres auf Gerechtigkeitsinhalt geschlossen werden darf. Demokratischem Denken liegt dies gewiß nahe, allzu nahe vielleicht; denn die Demokratie würde sich selbst aufgeben, wollte sie nicht für „gerecht halten“, was die Mehrheit befiehlt oder was der Mehrheitskonsens trägt. Doch hier ist Unterscheidung geboten:¹⁸ Rechtsgrundsätzliche Betrachtung zum Inhalt der „Gerechtigkeit“ kann nicht ohne weiteres von politischen Staatsformdogmen ausgehen. Dann aber zeigt gerade die Fragestellung „Egalisierung als Anliegen der Gerechtigkeit“: Das oft heute gebrauchte, öfter noch mißbrauchte Wort „Konsens“ verdeckt nur eine Kategorienvertauschung; die Einebnung ist in erster Linie nichts als eine politische Entscheidung, eine unendliche Reihe von größeren und kleineren politischen Dezisionen. Sehr oft steht hinter ihnen gar kein „Gerechtigkeitsstreben“, sondern nur die politische Durchsetzungsfähigkeit einer Gruppe der Gemeinschaft, die eben stärker ist als die anderen. Staatsidylle wäre es, etwa die Abschaffung steuerlicher Privilegierungen – denken wir an § 34 Abs. 4 EStG,¹⁹ oder an die Gewährung von Sockelbeträgen bei der Beamtenbesoldung – nur als gerechtigkeitsstrebendes Ratifizieren eines Gemeinschaftskonsenses hinstellen zu wollen. Und selbst eine Grundthese, daß eben insgesamt „in Richtung auf mehr Gleichheit zu marschieren sei“, ist nicht Gerechtigkeitskonsens aller, sondern zuerst einmal nichts als ganz massive Interessendurchsetzung der größeren Zahl – wie immer diese sich zu solchem Ausdruck zusammenfinden mag, in mächtigen Gewerkschaften oder angelockt durch die Worte und Versprechungen der Demokratieführer. Über grundsätzliche Berechtigung oder gar über moralische Gerechtigkeitsgehalte ist damit noch nichts ausgesagt.

Mehrheit ist politische Macht, sie bedeutet Teilkonsens, nicht Vollkonsens. Wenn alles, was sie beschließt, mit Gerechtigkeit identifiziert würde, könnte die Erörterung hier schließen – dann würden verschiedene Sprachen gesprochen. Unsere Verfassung verbietet dies aber: Bei aller Bedeutung der Mehrheit – einfach Ausdruck der Gerechtigkeit ist ihre Entscheidung nicht, sonst könnten nicht selbst einstimmig im Parlament beschlossene Gesetze wegen Verstoßes gegen Rechtsstaatlichkeit und Gerechtigkeit

¹⁸ Zur Unterscheidung von „guten Sitten“ und politischen Grundrechtsentscheidungen vgl. bereits *Leisner*, W., *Grundrechte und Privatrecht*, 1960, S. 226 f., 362 f.

¹⁹ *Schöberle*, H., Zur Diskussion um die Beseitigung der Steuervergünstigung für Nebeneinkünfte aus wissenschaftlicher, künstlerischer und schriftstellerischer Tätigkeit (§ 34 Abs. 4 EStG), in: *DStR* 1981, S. 95 ff.

aufgehoben werden. Das Bundesverfassungsgericht hat dies aber ausdrücklich für möglich erklärt.²⁰

Egalisierung ist also das Werk der politischen Mehrheit, nicht Ratifizierung eines Konsenses aller. Die überstimmte Minderheit wird wieder „ein Stück kleiner“ – aber allgemeinen Konsens gibt es darüber nicht und „gerecht“ ist es deshalb jedenfalls nicht. Konsens stellt eine politische Kategorie dar, ein Herrschaftsinstrument, nicht Ausdruck oder sicheres Indiz der Gerechtigkeit.

d) *Gerechtigkeit – Abbau „übergroßer Unterschiede“*:²¹ Wer den Abbau von Unterschieden schlechthin für einen Ausdruck der Gerechtigkeit hält, hat das Problem nur tautologisch umgangen. Entscheidend und eine „Gerechtigkeitsfrage“ kann hier nur sein: Was sind „übergroße“ Unterschiede – oder genügen auch „große“ Unterschiede, wie groß müssen sie sein? Daß deren Verminderung eine Gerechtigkeitsfrage darstelle, läßt sich nicht beweisen. Warum sollte nicht der Nobelpreisträger ein Vielfaches dessen verdienen, was seine anderen Kollegen, was Studienräte oder Lehrer erhalten, warum sollte der erfolgreiche Unternehmer nicht auf einem „ganz anderen Niveau leben“ dürfen als seine leistungsschwächeren Konkurrenten? Hier gibt es doch überhaupt keine rationalen Kriterien mehr, mit auch nur einigem Objektivitätsanspruch. Und allenfalls könnte die Gerechtigkeitsfrage an einem anderen Punkt ansetzen: ob denn gerade die Entscheidung des Nobel-Komitees so „gerecht“ sei, ob nicht ein anderer den Preis hätte erhalten sollen.

Dies aber verschiebt nun die ganze Problematik: Es geht um die „Gerechtigkeit“ von einzelnen Differenzierungsmechanismen, von Prüfungs- oder Marktentscheidungen, nicht mehr um den Gerechtigkeitsgehalt der Gleichheit als solcher. Die Behauptung, es gäbe gar keine Auswahlmechanismen, die so viel an Unterschied rechtfertigen könnten, ist nichts als eine völlig unbeweisbare Globalthese; extrem vertreten müßte sie zur Anzweiflung aller Unterscheidungen auf dieser Welt und damit geradezu in den Nihilismus führen – und dies alles im Namen einer angeblichen „Gerechtigkeits-Gleichheit“, die doch „aus solchen Gründen“ wegen Noten oder Markterfolgen, nicht gebrochen werden dürfe – gerade dies aber erat demonstrandum.

Es bleibt also dabei: „Übergroße“ Unterschiede dürfen nur dann im Namen der Gerechtigkeit egalisierend beseitigt werden, wenn definiert werden kann, was denn „übergroß“ sei. Dies aber läßt sich, generell jedenfalls, aus der Gleichheitsidee heraus nicht bestimmen, es gibt kein optimales Quantum an Gleichheit, und deshalb ist auch der „Abbau von Sozialgefälle“ nicht als solcher Ausdruck der Gerechtigkeit.

Er ist aber etwas anderes, mit Sicherheit, in Grenzen jedenfalls: ein Ausdruck politischer Klugheit, eine weise Regierungsmaxime zur Vermeidung von Unruhen und Revolutionen. Daß die Herrschenden, auch die der Demokratie, all das, was sie möglichst sicher in ihrer Macht hält, als Ausdruck der Gerechtigkeit ausgeben, ist ihr gutes politisches Recht und historisch stets so gewesen. Es ist ein Zeichen der Staatskunst –

²⁰ Indem es sogar verfassungsändernde Gesetze an den überstaatlichen Gerechtigkeitsmaßstäben mißt, vgl. BVerfGE 30, S. 1 ff. (abw. Meinung S. 39 ff.).

²¹ Eingehend Zippelius, R., Rechtsphilosophie 1982, insbes. § 12 I („Verkehrsgerechtigkeit“) und IV („Verfahrensgerechtigkeit“).

damit aber noch lange nicht der Gerechtigkeit. Denn etwas ist ja an dem alten „pereat mundus“, wenn es um Gerechtigkeit geht, dann kommt es nicht immer auf die Folgen an, dann kann ein Punkt erreicht werden, wo nicht gewichen werden darf. Daß die Demokratie egalisieren darf, daß ihr dies – häufig – gut bekommt, ist eine Sache; daß sie damit der Gerechtigkeit dient, und nicht nur sich selbst und ihren Herrschenden, ist eine ganz andere. Und Gerechtigkeit ist nicht identisch mit Staatskunst, sie fordert diese nicht immer, oft verlangt sie sogar, daß dieser Geschicklichkeit widerstanden werde.

e) Der „Abbau der übergroßen Unterschiede“ hat also keine Gerechtigkeitslegitimation – wie aber steht es mit dem Anliegen, auf solche Weise „soziale Gegensätze auszugleichen“, wie es das Bundesverfassungsgericht ausdrückt?²² Denn das Leben in der Gemeinschaft wird unmöglich, wenn sich diese Gegensätze unerträglich steigern. Doch daraus folgt noch lange keine generelle Gerechtigkeitsbegründung der Egalisierung als solcher: Gegensätze können auch anders ausgeglichen werden als durch Einebnung – etwa durch überzeugende Begründung der Unterscheidungen, durch ein möglichst gerechtes Prüfungssystem,²³ dessen Ergebnisse eben jeder Kritik standhalten. Und das Bundesverfassungsgericht will selbstverständlich mit dieser Formel nicht sagen, daß der Staat überall einebnen müsse oder auch nur dürfe, im Namen so verstandener Sozialstaatlichkeit, wo irgendwelche größeren Spannungen auftreten – dem kriminellen Rechtsbrecher ist nicht etwa ein Teil der Güter der von ihm bedrohten „Reichen“ zu übereignen, nur weil es zwischen „beiden Gruppen“ zu – übrigens unbestreitbaren – sozialen Gegensätzen gekommen ist, die es nun „auszugleichen“ gelte.

Nie kann es eine Forderung der Gerechtigkeit als solcher sein, soziale Gegensätze auszugleichen, dies muß vielmehr – eben in gerechter Weise – geschehen, und es ist zu fragen, ob die Ausgleichsbegünstigten ein Recht darauf haben. Sind sie es selbst, die durch Rechtsbrüche, Gewaltsamkeiten, systematischen Sozialneid diese Spannungen hervorgebracht haben, so wäre es geradezu ungerecht, vor ihnen zurück – und in die Egalisierung auszuweichen. Dann wäre die so erzwungene Egalisierung nichts als der Teilsieg einer „Berufung auf eigenes Unrecht“ und eben als solche schon im höchsten Maß – ungerecht.

Jener „Ausgleich von Gegensätzen“, zu dem die Sozialstaatlichkeit den Gesetzgeber nach dem Bundesverfassungsgericht verpflichtet, ist also begrifflich etwas ganz anderes als Egalisierung. Sie verlangt Entspannung, nicht Angleichung.

Ergebnis: Keine jener Gerechtigkeitsvorstellungen, die heute im Vordergrund der prinzipiellen Diskussion stehen, bietet eine Begründung für „Egalisierung als Anliegen der Gerechtigkeit“.

5. *Mehr noch: Grundgesetz und Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sprechen deutlich dagegen.* Ganz allgemein hat man sich ja daran gewöhnt, aus dem allgemeinen Gleichheitssatz nur den ersten Teil zu zitieren – Gleiches müsse gleich behandelt werden, vergessen wird immer mehr der zweite: „Ungleiches seiner Eigenart entsprechend ungleich zu behandeln“. Beides hat unter „steter Orientierung am Gerech-

²² BVerfGE 22, S. 180 (204).

²³ Guhl, P., Prüfungen im Rechtsstaat, 1979; vgl. auch BVerfG NJW 1978, S. 536; ferner BVerwG NJW 1976, S. 2313; BVerwGE 41, S. 34 ff.; HessVGH VRspr 31, S. 279; BayVGH ZBR 1980, S. 91.

tigkeitsgedanken“ zu erfolgen.²⁴ Dies ist eine Weisung an den Gesetzgeber, so formuliert es das Bundesverfassungsgericht.

Für einen etwaigen Gerechtigkeitsgehalt der Egalisierung bedeutet dies:

- Einebnung kann nie *als solche* ein Anliegen der Gerechtigkeit sein, denn Gleichheit wie Diskriminierung haben eben unter ständiger Orientierung an der Gerechtigkeit zu erfolgen; keines von beiden ist also mit dieser identisch; eine solche Annahme wäre nach der Judikatur des höchsten Gerichtes unlogisch.
- Unterschiede anerkennen und verfestigen ist ebenso, mit ganz gleicher Intensität, ein Verfassungsgebot für alle Staatsgewalt, wie die Egalisierung. Eine Priorität für Einebnung gibt es nicht. Eine allgemeine Tendenz, alle Bürger „möglichst gleich zu machen“, läßt sich nicht nur aus der Verfassung nicht begründen, sie ist als solche verfassungsrechtlich bedenklich, mag es auch im einzelnen schwer halten, den „Bruchpunkt“ zu bestimmen. Das GG ist eben grundsätzlich²⁵ völlig „nivellierungsneutral“.
- Das Bundesverfassungsgericht hat schließlich *Unterscheidungen* in keiner Weise der Staatsgewalt erschweren wollen, es hat sie, ganz umgekehrt, *entscheidend erleichtert*: Nur wenn sich „ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung *nicht* finden läßt“,²⁶ ist diese willkürlich, verfassungswidrig. Die Staatsgewalt hat also ebenso große Freiheit, Unterschiede anzuerkennen,²⁷ zu schaffen, wie solche abzubauen. Einen Verfassungsbonus für „mehr Gleichheit“ gibt es nicht.

6. Was bleibt also zur Begründung eines „Gerechtigkeitsanliegens Gleichheit“? Nichts als die Behauptung, mehr Gleichheit sei gut, weil – die Menschen von Natur gleich seien, also nur der nackte Zirkel. Dem steht seit vielen Generationen die ebenso apodiktische Behauptung gegenüber, die Menschen seien ungleich. Auf dieser Ebene rechtsgrundsätzlich zu diskutieren, hat keinen Sinn. Die Gerechtigkeitsfrage ist eine ganz andere, sie lautet: Wieviel an materieller Gleichheit ist im konkreten Einzelfall „gerecht“? Egalisierung als solche ist kein Gerechtigkeitswert, auch wenn sie unter dem Mantel „sozialer Gerechtigkeit“ einhergeht.

Die heutigen Versuche, „mehr Gleichheit“ als Lösung der Gerechtigkeit auszugeben, zeigen nur eines: Das Bestreben, die der jetzigen Stufe der politischen Demokratie eigenen politischen Entscheidungen für die ärmere, schwächere Mehrheit moralisch zu verbrämen und global zu rechtfertigen. Nulltarife, Sockelbeträge, Progressionen – das alles braucht dann gar nicht mehr im einzelnen grundsätzlich diskutiert zu werden,

²⁴ BVerfGE 3, S. 58 (135f.); vgl. auch BVerfGE 1, S. 264 (276); 2, S. 118 (119f.); 9, S. 124 (130); 12, S. 341 (348); 14, S. 221 (238); 15, S. 167 (201); 17, S. 319 (330); 19, S. 119 (124f.); 21, S. 73 (84); 23, S. 12 (25); 36, S. 174 (190); 37, S. 38 (46); 38, S. 154 (166) u.s.w.

²⁵ Daß es einzelne, „besondere“ Gleichheitssätze gibt (vgl. Art. 3 Abs. II, 38 GG) steht dem nicht entgegen. Sie treten nicht in solcher normativen Dichte auf, daß daraus auf eine „allgemeine Egalisierungstendenz“ geschlossen werden könnte, und es gibt auch einzelne Unterscheidungsgebote (vgl. etwa Art. 33 Abs. II GG).

²⁶ BVerfGE 1, S. 14 (52); 14, S. 142 (150); 15, S. 313 (320); 18, S. 38 (46); 20, S. 31 (33); 21, S. 6 (9); 23, S. 50 (60); 24, S. 203 (215); 25, S. 101 (105); 27, S. 1 (9f.); 29, S. 283 (298); 30, S. 409 (413); 31, S. 212 (218f.); 32, S. 346 (360); 33, S. 367 (384); 36, S. 174 (187); 38, S. 1 (17); 39, S. 156 (162f.); 40, S. 109 (115f.) u.s.w.

²⁷ BVerfGE 3, S. 225 (240); 6, S. 55 (71); 31, S. 212 (218).

wenn der Kritiker mit der Keule der „sozialen Gerechtigkeit“ niedergestreckt wird – ein für allemal.

In all dem offenbart sich eine eigentümliche historische Wiedergeburt: Es erscheint eine Form des Gottesgnadentums der egalitären Demokratie. Früher hatten Aristokraten und Monarchen nicht nur die Grundlagen, sondern auch alle Grundtendenzen ihres Regierens als Ausdruck gottgewollter Gerechtigkeit tabuisiert, Kritik abgebrochen oder gar geächtet. Heute versucht die Demokratie ähnliches: Die Appropriation der Gerechtigkeit für ihre Egalisierung, die doch im Kern nichts ist als – Machtpolitik. Radikal demokratische Kräfte haben viel Mühe darauf verwendet, frühere Monopolisierungen von Moral und Gerechtigkeit zu entlarven. Kaum ist es ihnen gelungen, beginnen sie das Gleiche – Egalisierung als Anliegen der Gerechtigkeit auszugeben.

Das Fazit ist einfach: Egalisierung kann *im Einzelfall* Ausdruck, ja Forderung der Gerechtigkeit sein, ebenso aber auch ihr Gegenteil, die Unterscheidung. Egalisierung als Anliegen der Gerechtigkeit – das gibt es überhaupt nicht.

Man mag dem allem entgegenhalten, es werde hier ja gar nicht klargelegt, was denn „Gerechtigkeit sei“.²⁸ In der Tat – das war auch nicht Aufgabe dieser Untersuchung. Dieser Beweis liegt hier bei der Gegenseite, bei jenen, die Egalisierung *als solche* als Gerechtigkeit ausgeben. Sie haben einen Definitionsversuch vorgelegt, er schlägt fehl. Wer sie kritisiert, muß nicht seinerseits Gerechtigkeit definieren.

Nur eines ist er allerdings schuldig: Die Begründung, daß nicht jeder Grundsatzwunsch der jeweiligen politisch Herrschenden, hier der numerischen Mehrheit des gleichen Wahlrechts und ihrer Führer, auch schon „Gerechtigkeit“ bedeute. Dies wird hier, wie bereits betont, abgelehnt. Wäre dem nämlich so, dann könnten wir das Wort „Gerechtigkeit“ überhaupt aus unserem rechtspolitischen Wortschatz streichen. Dann sollten wir einfacher – nurmehr von der Macht und den Mächtigen sprechen. So ist es auch gar nicht, denn für das GG selbst ist Mehrheit und politische Macht eben nicht einfach – Gerechtigkeit.

Was Gerechtigkeit ist, das ist eine ganz andere Frage – jedenfalls nicht einfach das Herrschende und deshalb auch nicht die Gleichheit.

Und das ist gut so. Steigen wir nämlich am Ende wieder herab in die Niederungen der praktischen Rechtspolitik, so zeigen sich die Gefahren einer „Egalisierung als Anliegen der Gerechtigkeit“ sehr deutlich, schon heute:

- Die Rechtspolitik wird *ideologisiert* anstatt pragmatisiert, vertiefende Diskussionen werden abgebrochen, es stimmt ja die „Richtung“ – auf Gleichheit; und doch stellt sich die Gerechtigkeitsfrage in jedem Fall, bei jedem Gesetz immer neu, immer ganz anders. Es gilt, zu *entideologisieren*.
- Übersteigerte, systematisierte Gleichheit führt zur *Entindividualisierung* der Rechtspolitik, damit wird der höchste Wert des GG verfehlt – die unauswechselbare, im letzten unvergleichbare menschliche Persönlichkeit.²⁹ Es gilt, wieder mehr zu *individualisieren*.

²⁸ Zu den Gerechtigkeitstheorien vgl. statt aller Zippelius, R. (FN 21), § 12 Kap. IV.

²⁹ BVerfGE 7, S. 377 (405); 35, S. 202 (221); vgl. auch BVerfGE 27, S. 1 (6).

- Ständige Umverteilungen auf oft nur vermeintliche oder ad hoc geschaffene „Schwächere“ führt zur Überbeanspruchung des Solidaritätsgefühls in der staatlichen Gemeinschaft, zur Staatsverdrossenheit der aufgezwungenen Nächstenliebe. Es gilt, nicht zu nivellieren, sondern zu *solidarisieren*.
- Jede Egalisierung begünstigt den Quietismus der ausbalancierten Gleichen, erschwert die Anreize, ohne welche gerade unsere Gemeinschaft von immer stärkerer Stagnation bedroht ist. Jenseits aller Gerechtigkeit, vielleicht bald einmal ganz einfach: um nur zu überleben, gilt es daher zu *stimulieren*.

Vielleicht ist die „Gerechtigkeit“ wirklich nicht von dieser Welt, jedenfalls haben wir sie zu recherchieren, nicht mit unseren Wünschen zu okkupieren. Machen wir Egalisierung zum Anliegen der Gerechtigkeit, erheben wir sie zum Grundprinzip unserer Rechtspolitik, so könnte über diese einst das böse Wort gesprochen werden vom *summum ius . . .*